

POR D. RODRIGO DE OVALLE Y

Mendoça, vezino, y Regidor de la ciudad de Ronda.

CON

Don Pedro Fernandez de Vlloa, vezino de la ciudad de Iaen.

En Granada, Por Martin Fernandez Zambrano.
Año de 1632.



VPVESTO EL HECHO SE diuide la alegacion en tres articulos. En el primero se prouara, que ay cosa juzgada que obsta a don Pedro, y que no puede tratarse ya deste pleito.

En el segundo, se ha de responder concluyentemente a todas las objeciones, o fundamentos, que por parte de don Pedro se consideran, para que la cosa juzgada no le obste.

En el tercero fundaremos, la justicia que don Rodrigo tiene en lo principal, y las causas justas que tantos, y tan doctos justificados señores Iuezes, han tenido, para auer determinado siempre este pleyto en fauor de don Rodrigo, y don Iuan de Oualle su padre.

PRIMERO ARTIculo.

Para que las sentencias, y cosa juzgada, con que D. Rodrigo de Oualle se defiende, obsten, y prejudiquen a don Pedro de Vlloa, concurren las tres identidades que se requieren. La primera, cum quæritur, cō las que le siguen, ff. de except. rei iudicatæ, de quibus Surdus, cons. 189. num. 29. lib. 2. Porque en el pleito antiguo se pidieron los cortijos de Montexicar, y Guadahortuna, en este que es el mismo se demandan los mismos; entonces se pidieron por vinculados, aora se piden por las mismas causas, razones, instrumentos, y prouanças, ya vencidas: estas son las dos identidades. La tercera, de la l. & an eadem condicio personarum, tambien concurre, porque don Rodrigo de Oualle, es el mismo a quien se citò en la villa de Madrid (por auer ya muerto don Iuan de Oualle y Mendoça su padre) para que se juzgasse en las mil y quinientas con parte, y

aunque

aunque no saliò mas que don Iuã su padre en la cabeça de las sentencias, por disposicion de derecho, aprouechan al hijo heredero, y sucessor, las dadas en fauor del testador y difunto, l. cum hæredes, ff. de acquirenda possessione, l. 2. tit. 14. lib. 2. fori, l. 16. tit. 22. part. 3. ibi. *Que tambien se puede aprouechar del juyzio el heredero, de aquel por quien fue dado como el mismo*. Trãseunt namque in hæredé iura actiua, & passiua, titulo, C. vt actiones, cõgerit ad hoc plura iura, Anto. Gom. tom. 2. cap. 11. num. 12. Pues en don Pedro de Vlloa, tambien cõcurre la misma identidad de personas de la l. & an eadem, porque es el mesmo q̃ litigò, y se opuso en aquel pleyto, y le siguiò por si, y en su nombre de su padre con su poder, en Madrid, y si Diego Fernandez de Vlloa litigò como sucessor descendiente de Pedro Ferdandez de Vlloa donatario, don Pedro de Vlloa por ser hijo del que litigò, y quedò vencido juntamente con el, los pretende: y no se requiere que sean las mismas personas indiuiduales, sino que sea la misma condicion de personas, dict. l. eadem conditio personarum, porque basta que sean las mismas personas verdadera, o interpretatiuamente, vt tradit Bald. in dict. l. & an eadẽ, in principio, & in, §. cũ partem, ibi: *Opportet, quod eadem sit res & causa & persona verè vel interpretatiue*. Socin. consi. 18 num. 44. porque adonde, y contra quien se halla la calidad, passa tambien la cosa juzgada, Dec. consi. 78. num. 3. & 4. Aluaradus, lib. 2. cap. 3. §. 4. num. 45. & 46. Petrus Surdus, consi. 312. num. 10. & 11. ibi: *Sufficit autem personarum identitas vera, vel interpretatiua*, & iterum, nu. 26. Dom. Franciscus Hieronimo de Leon. decis. 93. lib. 1. num. 16. ibi: *Quia substitutus, seu fideicommisus est successor iure, & ita reputatur eadem persona*, glos. verbo, *personarũ*, in l. & an eadẽ, ff. de exceptionib. rei judicatæ, & ita cum eadem sint personę, eadem res, & eadem causa obstat exceptio rei iudicatæ.

Confirmase, porque de vna de dos maneras, pudo

oponer

oponerse en este pleito don Pedro de Vlloa excluyendo a su padre, o coadjuuando su derecho, vt colligere licet, ex dict. Couarr. cap. 13. pract. nu. 6. Mario Giurba, decis. 1. num. 22. vbi quam plures congerit, Andr. Gail, lib. 1. obseruat. 71. num. 14 porque el assistir, ne colludatur, vt lis amplius, seu melius defendatur, y las demas son todas especies de coadjuuar, y miembros subdiuidentes, en que se subdiuide el segũdo de la principal diuision, o distincion que hazen los Doctores. Y en este pleito, no entrò, ni pudo entrar excluyendo a su padre don Pedro de Vlloa, & sic à sufficienti partiũ enumeratione, argumento eficaz, y concluyẽtissimo, es fuerça confessar, que entra coadjuuãdo, y se coligelassi de su oposicion, ibi: *Me opongo en aquella via, y forma que mejor de derecho lugar aya, como hijo mayor primogenito del dicho Diego Hernandez de Vlloa. Y pido y suplico a vuestra Alteza, mande hazer en todo como està pedido por el dicho Diego Hernandez de Vlloa. Lo vno, por lo que està dicho y alegado por el dicho Diego Hernandez de Vlloa, a lo qual me refiero, y si es necessario, digo, y alegò de nueuo.* Et iterum, en la conclusion, ibi: *Por todo loqual, y lo demas de derecho huuiere lugar, y deste processo resulta, a V. A. pido, y suplico haga en todo como esta pedido par el dicho Diego Fernãdez de Vlloa, enmẽdãdo, y reuocãdo la sẽtẽcia en este pleito, pronũciada por vuestros Oidores,* &c. Y presentaua Diego Fernãdez los testigos, en nõbre de su hijo, cõmo cõsta de la Pieça de la prouãça de D. Pedro, fol. 119. Y las peticiones le dauã por vn mesmo procurador en nõbre de ambos, como cõsta del Rollo antiguo de la Chãcilleria, fol. 207. y 217. De que con euidencia se manifiesta, que ninguno trataua de excluir al otro, antes se conjuuauan en su pretension, ni don Pedro de Vlloa podia tenerla para excluir a su padre, que precissa, y necessariamente auia de sucedea antes que el, y estaua posseyendo el cortijo de la Aldeguela, y casas de Iaen, que se le adjudicaron por el tercio y quinto, y los declararon por vinculados el año passado de quinientos y sesenta y siete, a los quales

les pretendia se anian de agregar los cortijos, sobre que se litiga.

Saliendo pues a este pleyto, coadjuuando el derecho de su padre, y aunque fuesse por su interesse, le devio tomar en el estado en que le hallo, cap. fin. vt litè pēdente, nihil innouetur, lib. 6. ibi: *Sane si ad defensionem ipsius litis aliqui quorum interit petierint admitti eos in illo statu in quo ipsam inuenerint decernimus admittendos.* D. Couarr. cap. 13. practicar. nu. 6. Marius Giurb decis. 2. num. 24. ibi: *Quando compaiet quis ad coadiuuandum reum ipsum, vtque pro suo interesse ei assistat litem defensurus, tenetur causam in eo statu prosequi, in quo erat tempore quo comparuit.* cita à Menoch. Cancer. Surd. Natta, y otros muchos autores, Camilus de la ratha, omnino videndus, cōs. 113. numer. 12. que ambos a dos lugares son copiosissimos, y se alegan en ellos, casi todos, quantos han tocado la materia, idem Marius Giurba, dict. decis. 1. num. 35. ibi: *Ipsamque causam in eo statu prosequi debet in quo reperitur, vt dicimus non enim potiora habet iura, quam principalis,* Milanensis, decis. 7. num. 25. lib. 2. Suarez in l. post rem iudicatam, limit. 1. num. 4. ff. de re iudicata, Caual. decis. 6. num. 33. nec ex admisione tertij defensoris potest fieri deterior partis conditio, Couarr. practic. cap. 15. num. 5. Surd. cōs. 369. num. 35.

Està causa de don Pedro, opositor coadjuuante, es la misma que la del principal, y vna misma instancia, y juyzio, el mismo tercero es la misma persona que el principal, quo ad iuris intellectum, & dispositionem, & vtriusque causa vna, & eadem terminata remanet sententia, Camilus de la ratha, dict. consi. 112. num. 13. ibi: *Tertio causa tertij comparentis, non ad fringendum iura competitorum, sed ad coadiuuandum vnum tantum, adeo connexa est, cum causa principali, quod eadem est principalis, & tertij comparentis instantia, Butrius, consi. 44. Tuschus, tomo 4. litera I. conclusione 211. & tomo 8. litera T. conclusione 83. n. 20. & idem est vtriusque iudicium, & eadem regulatur instantia, quod nec diuersa, aut separatim, sed eadem debet determina-*

ri sententia, ne continentia causæ, &c. Gail. lib. 1. obseru. 70. num. 3. Menoch. cons. 488. num. 5. cons. 421. nu. 66. Caualcanus, decis. 5. num. 7. 26. 57. part. 4. Franciscus Marcus, decis. 76. num. 4. part. 1. Fabius de Anna. dict. cons. 97. num. 51. optimè, Marius Giurba, d. decis. 1. num. 34. & 30. ibi: *Tertius defensorus veniens ad iudicium diuersa persona à principali non est, sed vna eademque cum ipso principali reputatur persona.* Surdus, decis. 174. num. 27. & decis. 335. num. 12. veluti adminiculum quoddam Bald. in authen. hodie, C. de appellat. Menoch. cons. 488. nu. 6. hinc est quod præclusa via principali, non admittitur etiam tertius interueniens, Baldus, in l. si eo tempore, C. de remissione pignorũ, Natta, cons. 457. num. 1. vol. 2. quos ad id refert, Marius Giurba, vbi supra: iuditium namque solempniter actũ cum possessore cẽsetur, etiam agitatũ cum successore aun sin litigar, Pinel. in l. 1. 3. par. num. 49. C. de bonis maternis, Cancerius, Capit. 106. num. 103. Giurba, dict. decis. 1. num. 47. quod in tantum procedit, que no es necessario poner en la cabeça de la sentencia al tercero opositor, vt tradunt, Gail. lib. 1. obseruat. 122. num. 8. cita à Innocencio y otros, Honded. cons. 25. num. 9. lib. 1. part. 2. Paz de tenuta, cap. 28. num. 10. y suponen lo mismo Salgado, & hi quos citat, dum resoluunt posse sententiam contra emptorem latã executioni mandari in bonis venditoris asistentis liti, parte, scilicet. 4. cap. 8. nume. 233. imò etiam, en los casos que la sentencia no obsta a los terceros estando citados les prejudica, vt tradit Salgado 4. par. cap. 8. numer. 362.

Confirmatur prætetea, quia sententia lata cum possessore nocet omnibus substitutis in fæudo, aut maioratu successuris, vt ex l. 1. §. denũtiari, ff. de vẽtre inspiciendo, l. si superatus, ff. de pignoribus, l. ex contractu, D. Molin. lib. 4. cap. 8. num. 3. Honded. cons. 28. num. 1. & 7. Menoch. cons. 501. per totum, vol. 6. Mier. 4. part. quæst. 14. Camil. de la ratha, cons. 88. à num.

43.& sequentibus, Marius Giurba, dict. decis. 1. à num. 15. Pereg. cons. 68. num. 13. & sequentib. vol. 3. & in Episcopo, & quolibet Prelato successore, Grat. 4. part. discept forens. cap. 736. à num. 181. latè, & vtiliter plura cumular, Scipio Rouitus, cons. 82. per totum, & cōs. 88. & 89. nu. 7. Hiero. de Leō, decis. Valentina 93. n. 9. Ceuall. quæst. 636. latissimè D. Ioannes del Castill. lib. 5. tomo 6. cap. 157. per totum, Vincentius Fusar. de fideicommissarijs, Matienç. in l. 8. tit. 7. lib. 5. recopilat. glos. 5. num. 25. Pereg. cons. 28. nu. 3. vol. 1. Gilquenius latissimè descript. 3. part. cap. 3. per totū, idē Pereg. art. 41. num. 17. & res inter alios acta nocet tertio ius connexum habenti cum quo fuit actum, Camilus de la ratha, dict. cons. 128. num. 13.

Y de la manera, que por las sentencias pronunciadas en este pleito, està vencido don Pedro Fernandez de Vlloa, lo està assi mismo por la que se pronunciò cōtra don Ioseph de Vlloa su hijo, de que està mandada despachar executoria: tum porque la excepcion q̄ obsta al cessonario, obsta al cediente, y don Pedro renunciò sus derechos en don Ioseph: tum etiam, porq̄ teniendo la primera causa, y derecho para pedir como padre de don Ioseph, no solamente permitio, que don Ioseph de Vlloa su hijo litigasse, pero el mismo litigò por el, y en su nombre, y defendiò, y solicitò el pleyto, vnde, aquella sentencia le obsta a el, vt expressè probat, l. sepæ, ibi: *Et tamen, qui cum sibi primum de ea re actio vel defensio competebat, ac ibi etiam qui passus est, cum à quo causam habuit experiri est præiudicium generatum*; Tuschus, conclus. 85. verbo, tertius, num. 6. ibi: *Amplia, vt etiam in prophanis ad quem primo loco spectat defensio si scit, & partitur sequentem agere, vel defendere sibi præiudicat, ita quod sententia contra talem latam sibi præiudicat.* Anchar. cons. 333. Salgad. part. 4. cap. 8. num. 327. l. 20. tit. 22. part. 3. l. sepæ, ff. de re iudicata, vbi DD. maximè Alex. nu. 20. & 21. Felin. in cap. quamvis, num 3. Couar. pract. cap. 13. num. 7. & 8. Gail. lib. 1. obseruat. 70. num. 25. & 26.

& 26. Rosent. de feudis, cap. 9. membro 1. conf. 23. num. 14. & 17. cum seqq. Pert. Barbos. in l. quæ dotis 34. num. 160. ff. solut. matrim.

Auiendo cosa juzgada, no ay que tratar de otra cosa, *post rem iudicatam nihil quæritur*, l. post rem, ff. de re iudicata, porque a las cosas juzgadas se ha de estar en todo acontecimiento, l. 1. C. de re iudicata: *Rebus quidem indicatis standum est*, teniendo siempre por firme lo que por ellas se determina, l. 1. §. fin. ff. ad Senatus Consultum Tertulianum: *Quæ iudicata, transacta finita vel sunt rata maneāt*, sin boluer a instaurar, y ventilar de nueuo lo ya juzgado, pues no lo permite la autoridad de cosa juzgada. l. ad solutionem 4. C. de re iudicata, ibi: *Nec enim instaurari finita, rerum iudicatarum patitur authoritas*, porque a qualquiera litigio le basta vna determinacion, porque no se le multipliquen los pleitos; l. singulis controuersijs, ff. de exceptione re iudicatæ: *Singulis, ait controuersijs, singulas actiones, & vnum iudicati finē sufficere probabili ratione placuit, ne aliter modus litium multiplicatus summam, atque in explicabilem faciat difficultatem, maximè si diuersa pronuntietur*: y explica la glossa, diziendo: *Nunc pro actore, nunc pro reo*, y concluye la ley, *sic parere, ergo re iudicatæ frequens est*: y mas quando son sentencias de tan rectos, y superiores Tribunales como este, y el Consejo, contra las quales no se admite recurso, ni remedio alguno, aunque sea el de la integrum restitucion, l. 4. tit. 17. lib. 4. recopil. ibi. *Que por las dichas sentencias se entiendan ser acabados, y fenecidos los dichos pleytos, sin que se puedan tornar a mouer, ni suscitar en manera alguna*: cuyas palabras boluio a ampliar la pragmatica del señor don Felipe el Tercero, promulgada el año passado de 1615. *Sententia namque facit ius irretractabile inter partes*, l. eleganter, § si quis post, ff. de condit. indebi. habetur pro veritate, l. ingenuum, ff. de statu hominum, dicitur altera natura, quia originem creat. l. 1. cum seq. ff. de liberis agnoscendis, semper præsumitur pro sententia quæ transiuit in iudicatum, Tuschus, conclus. 266.

266.litera R.num.16.& alijs,nec poteſt intentari nullitas aduerſus,tres ſentencias conformes,Clementina 1.de re iudicata,D.Couarr.cap.15.pract.nu.9. & cap. 25.nu.8.porque el derecho las preſume juſtas,l. 25. tit.23.part.3.ibi:*Ca tenemos que el pleyto que es juzgado, e eſmerado por tres ſentencias,es derecho:ca graue coſa ſeria eſperar ſobre vna miſma coſa quarta ſentencia.* No puede el juez boluer a deshazer la que dio ſu anteceſſor,ni la que el miſmo dio,l.1.C.ſententiam,reſcindi non poſſe: *Neque ſuam,neque deceſſoris ſui ſententiam quemquam poſſi retractare indubium non venit.* Y aunque la intente retracar,ſemejante decreto es notoriamente nulo, de tal manera,que no es neceſſario apelar del,dict.l.1. in fin. ibi: *Nec neceſſe eſſe ab huiuſmodi decreto interponere prouocationē exploratiuris eſt,l.15.tit.11.part.3.ca deſpues que dierō juyzio afinado en alguna coſa,ſobre que no ſe alçaſſen, ſi ſobre ella moUieſſen deſpues otro pleito entre las miſmas perſonas, e dieſſen otro juizio,que fueſſe contrario al primero pleito, valdria el que primeramente fueſſe dado,e non el ſegundo.* vbi Greg. verbo,*primeramente*,Bald.in cap.cum ad Monaſterium, n. 4.de ſententia & re iudicata,vbi rationem tradit, *Etiā ſi ex inſpectione actorum euidenter appareat eius iniquitas.* verba ſunt Greg.en la l.19.tit.22.part.3.verbo,*gran fuerça*,Zeuall.quæſt.739 num.1.& 2.vbi ait;non poſſe retractari prætextu in iuſtitiæ:ſententiæ enim, quæ in rē iudicatam tranſiuerunt faciunt de albo nigrum æquāt quadrata retundis,Surd.conſ.359.n.18.Carrocius.in tractactu de remedijs, contra præiudicales ſententias, except.24.num.1.& except.123.nu.48.Iaſ.conſ.101. lib.4.optimē Surd.conſ.61.num.2.& conſ.106.num. 13.nec competit reſtitutio contra ſententiam latam aduerſus ius litigatorias, Zeuall. 3. part. quæſt. 849. vbi ait,quod ita practicatur in vtroque foro Canonico,& Ciuili.Y ſi eſto procede,aū quādo euidētemēte ſe conoce la iniquidad delas tales ſentencias,cō mucha mas razon procederà quando como en eſte caſo, conſta tan notoriamente de ſu juſtificacion,que baſta

C ſer

ser sentencia de qualquiera juez inferior, para que se presuma ser justa, l. hærenius, §. Caia, Seia, ff. de euictionibus, capite cum nostra, de renũtiatione, quanto mas de tan superiores, y rectos, que por sus merecimientos llegaron a tan grandes puestos, vt in l. vnica, ff. de officio præfecti prætorio, ibi: *Credidit enim Princeps eos, qui ob singularem industriam explorata eorum fide, & dignitate ad huius officij magnitudinem adhibentur, non aliter iudicaturos esse pro sapientia, ac luce dignatitis suæ, quam ipse foret iudicaturus.* Dom. D. Ioann del Castill. cap. 89. nu. 97. tom. 5. Y quando estas sentencias no aprouecharan a don Rodrigo, en fuerça de cosa juzgada, bastara auerse determinado ansi en la Chancilleria, y en el Consejo, pronũciãdo quatro sẽtẽcias de 50. años a esta parte en el mismo caso, declarando tacitamente esta escritura por falsa, y que quando no lo fuesse, quedò la assignacion reuocable, y los cortijos no cupieron en el tercio y quinto, ni parte alguna dellos, ex l. 5. tit. 2. part. 1. ibi: *Si en este tiempo mesmo fueren dados consejeramente dos juyzios por ella.* l. 3. C. de ædificijs priuat. l. filijs, ff. ad legem Aquil. l. nam Imperator 38. ff. de legib. Escob. cõputat. 13. num. fin. Ceuall. quæst. 762. num. 15. Patius centuria 1. quæst. 16. Nicol. Garc. de benefic. 1. part. cap. 5. num. 23. Gamm. decis. 228. Bobadilla, lib. 2. cap. 10. nu. 40. lib. 2.

ARTICVLO SEGVNDO

Prima oppositio.

Oponen lo primero los Abogados de don Pedro, q̃ entre las otras excepciones con que se defendiò don Iuan de Oualle, y sus consortes, fue vna dezir, que Diego Fernandez de Vlloa auia sido heredero de su padre, y siendolo estaua obligado a sanear los mismos bienes que pedia, y que esta razon pudo dar causa a la determinacion de aquellas sentencias, y por no militar,

respecto

respecto de don Pedro de Vlloa, no le han de obstar. A que se responde.

Lo primero, que ya litigò y adhuc, quedò vencido pues no determinaron diferentemente, respecto de el, y supuesto que las sentencias se han de entender pronunciadas por la razon, y derecho que devieron pronunciarse, vt ex l. si quis ad exhibendum, ff. de except. re iudicat. Bart. Castrens. Cepol. Craueta. comprobat Petr. Surd. cons. 312. num. 14. Giurb. consil. 76. num. 25. Tuschus, conclus. 126. num. 12. verbo sententia, està ni deuio, ni pudo ser causa de aquella determinacion, porque esto pudiera proceder quando los titulos que don Rodrigo tiene de venta de los cortijos, sobre que es este pleyto, fueran de Pedro Fernandez donatario, a quien los dos Diego Fernandez, el q̃ litigò, y su padre, huuieran heredado, que entonces pudiera (aunque sin fundamento en este caso) dezirse que estauã obligados a passar por el hecho de aquel a quiẽ pretendian heredar, mas los titulos que don Iuan de Oualle presento en este pleyto, y las ventas que don Rodrigo tiene, no son de Pedro Fernandez de Vlloa, ni Pedro Fernandez vendio estos cortijos, sino otros quatro hermanos suyos, a quien le adjudicaron por sus legitimas, y doña Ana de Aranda, a quien se adjudicaron por su dote y arras, y no auiendo vendido (como delos titulos, patet ad occultuum) Pedro Fernandez de Vlloa, mal pudieran estar obligados a la euiccion su hijo, y nieto, por causa de su padre y abuelo, pues no los auia vendido; de adonde se infiere, que esta alegacion no dio causa a los señores Iuezes para dar por libre a don Iuan de Oualle, vndè, no fue aplicable a este caso la regla, quem de euictione, tenet actio eumdem agentem repellit exceptio, de la l. vindicãtem, ff. de exceptionibus.

Lo segundo, porque aunque don Iuan de Oualle hizo esta alegacion en el pleyto antiguo, no la prouo, ni Diego Fernandez de Vlloa confesso auer sido herede-

ro

ro de su padre, antes en la octaua posicion que don Iuã de Oualle le opuso, para que declarasse si auia sido heredero de su padre, la negò, y despues articulò, y prouò que no auia sido heredero: de manera, que cõsta de los autos, y prouanças, que no fue heredero de su padre.

Lo tercero, porque para que esta excepcion huuiera ella sola dado causa a los señores Iuezes, a dar por libre a don Iuan de Oualle, auia de auer prouado concluyentemente, que el Diego Fernandez que litiga, auia sido heredero vniuersal de su abuelo Pedro Fernã dez, alias, siendo cierto que el heredero no representa al difunto, mas que en la parte que le sucede, l. cum à matre, C. de rei vẽdicatione no està obligado a las deudas del difunto, mas que por su parte hereditaria, l. 2. C. de hæreditarijs actionibus, l. 1. C. de annonis, & tributis, lib. 10. Costa, de ratione ratæ, quæst. 24. num fin. vbi ait: *Non excludi hæredem, à rei vindicatione, nisi pro ea parte qua hæres est.* Y no estãdo obligado mas que en parte a la euiccion, no le auian de condenar a que perdiesse la pretension de toda su accion.

Lo quarto, aunque huuiera sido el que vendiò Pedro Fernandez donatario, solamente, y le huuiera sucedido su hijo, y à ambos su nieto, sin otros herederos, y dieramos caso que estos cortijos fueran vinculados, pidiendolos, como los pidiò por tales Diego Fernandez, no fuera bastante excepcion para auer dado por libre a don Iuan de Oualle, el auer prouado todo esto concluyentemente, y lo que en semejante caso hizierã los señores Iuezes, fuera condenar al demandado à la restitucion de los bienes vinculados, y obligar al demandante, a que por la euiccion entregara los bienes hereditarios, Dom. Molin. de primog. lib. 4. cap. 1. nu. 30. vbi sic: *Ad missam vidimus opinionem illorum, qui opinali fuerunt bona maioratus ab hærede alienantis eiusdemque maioratus successore vendicari posse bonis hæreditarijs emptori traditis.* Quod suadet ex eo, quod in bonis maioratus vindicandis fauor publicus versatur, vt in l. quæmadmodum

dum

dum, C. de agnicolis, & censitis, y propone alli algunos absurdos que se siguieron de defender la opinió contraria, Matienç. in l. 7. tit. 11. lib. 5. Recop. glos. 1. num. 72. vbi sic: *Et idem videtur dicendum à faciori in successore maioratus, qui licet sit hæres alienãtis poterit reuocare alienationem a prædecessore factam, quia in vendicandis bonis maioratus à possessore alienatis fauor publicus versatur ob conseruationem familiarum, in qua consistit bonum publicum.* Refieren muchos autores, y en el num. 73. y 74. responde a la ley vendicãtem, y la glossa de la ley cum à matre, C. de rei vendicatione, Petr. Surd. 1. part. consil. 70. num. 17. ibi: *Et in specie illam regulam, quod quem de euictione eundem agentem repellat exceptio, vt non procedat quando res euincitur ex natura, vel qualitate in hærente rei, vel ex præ ordinatione authoris, vt quando res est fæudalis emphitẽtica, vel restitutioni subiecta, limitant Aretin. Curt. Senio. Rippa. Beroi. Crot. Secin. Iun. & Gratus, quos refert, & sequitur, Dom. Beccius, dict. consilio 24. numer. 36.* Zephal. cons. 393. num. 25. & seqq. plures allegat, decis. Pedemontana 180. per totam Grammaticus, decis. 93. plures citat Tuschus, conclus. 53. litera H. num. 38. tomo 4.

SEGVNDA oppositio:

Dizen lo segundo, que en el pleito antiguo huuo conlusió, y omissiones, esta objecion es aora nueua en este pleito de don Pedro, porque el año de 604. quando se le mandò quitar su suplicacion del pleito, nunca insistiò en esto, porque sabia que a los señores Iuezes, que entonces lo auian sido, les constaua quan sin proposito era; mas porque aora se vale della, se responde, que este pleito se siguiò, y defendiò exactissimamẽte, sin q̃ vuiesse omissiones, ni colusiõ alguna,

 como

como del mismo consta euidentemente, pues estan presentadas veinte y nueue pieças, q̃ casi todas ellas son prouanças, escrituras, executorias, y papeles, que la parte contraria hizo, y presento la donacion, y ratificacion de doña Ana de Aranda, y alegaciones hechas por los mayores Abogados que entonces auia en esta Audiencia, firmadas de tres, o quatro, y en particular la oposicion de don Pedro de Vlloa, demã da, y suplicacion con las mil y quinientas, y que con todas ellas se vio en el Consejo, como consta de la carta de pago que dio el Escriuano de la Camara de Madrid, y la executoria que aora boluia à presentar don Ioseph, por estar toda ella presentada en el pleyto antiguo, y ser la pieça quarta del, se mando quitar deste nueuo pleyto por auto de reuista, que obsta en fuerça de cosa juzgada a don Pedro su padre, por tener primero lugar para pedir, y auer cedido sus derechos, y permitido que su hijo litigasse, Capit. quamuis vers. Ei qui de sententia, &re iudicata: de manera, que desta executoria no deue hazerse caso, mas que sino estuuiera en en los autos, y no era a proposito para este pleito, sino solo por las escrituras insertas en ella, y reserua en virtud de que se entro demandando en el pleyto antiguo que tambien estauan presentadas en el Rollo antiguo desta Chancilleria, y aun en quanto a esto no era de consideracion, respecto de q̃ en el pleito no litigo don Iuan de Oualle, ni don Rodrigo, ni persona alguna, a quien ellos representen, ni de quien tengan causa ni titulo, y assi est res inter alio acta, quæ alijs nonnocet, neque præiudicat ex vulgatis iuribus, ni se presume colusion: nam cum collusio sit inter actorem, & reum fraudulenta, & latens conuentio, vt extitu, ff. C. de Decretalibus de collusione detegenda colligunt, glos. in explicatione rubricæ, & in cap. audiuimus eodem titulo, Menoc. cons. 165. num. 27. & cum includat in se dolum, & fraudem, l. cum seruum. La primera, C. eodem titulo

Gratian.

Gratian.de nobilitate, glos. 40. num. 9. & iter delicta connumeretur, Capit. audiuimus, de colusione detegenda, Hostiens. in summa titulo de colusione detegenda, §. qua persona colludens, num. 4. No se presume, sino se prueua por quien la opone, como ni tampoco se presume el dolo, l. quoties 28. §. qui dolo, ibi: *Licèt in exceptione docere dolum admissum debet*, ff. de probatio. Mascard. conclus. 352. num. 1. & 814. n. 2. Menoch. lib. 5. præsumpt. 3. n. 18. porque los testigos en quanto a la colusion se remiten a los autos, ni bastara que dixeran generalmente de colusion, si no deponen della in indiuiduo, & in specie, refiriendose a instrumentos, por donde constasse, y que fuessen tales, que los Iuezes los huuieran visto, juzgaran de otra manera, nam vt inquit eleganter, Auend. in capitulis prætorum, cap. 2. nu. 11. vers. Probatio autem. *Probatio collusionis doli partialitatis simulationis debet esse in indiuiduo in specie*, declarãdo expecificamente en q̃ caso, y prouãdo cõcluyẽtemẽte. Ni aũ la facta depresentacion de escrituras es colusi, para q̃ por ella se retrate la cosa juzgada, l. 4. C. de re iudicata, ibi: *Sub specie nouorum instrumentorum postea repertorum res iudicatas instaurari exemplo graue est*; l. Imperatores, ff. eodem titulo, ibi: *Cum sub obstentu nouorum instrumentorum restitui, negotia minime oporteat*; l. 19. tit. 22. part. 3. *Otrosi dezimos, que non se puede desfazer el juyzio despues que fuere dado, maguer mostrassen despues cartas, o priuilegios, que fuessen tales, que si el juzgador lo huuiesse visto ante que el juyzio diera, que juzgara de otre manera*, l. 1. tit. 14. lib. 2. fori, vnde, vt iura iuribus concordentur, la l. si seruus plurium, con las demas que cita D. Molina, proceden quando al tiempo del pleyto se tenian los instrumentos, y de industria, coludiendo con la otra parte, se dexaron de presentar, ex Bart. cons. 102. ex num. 1. Bald. in l. 1. n. 6. C. de hijs quibus, vt indignis, l. 2. §. sed, & sequis, ff. si quis cautionibus, 3. §. ad diem. l. qui cõmeatus 14. ff. de re militari, l. quidam decedens cum sequentibus,

tibus,ff.de adminiſtratione tutorum,Felinus in cap. ſi autem,num.3.de reſcriptis,Maſcard.concluſ.1092. num.5.Mas no quando deſpues de auerſe juzgado ſe hallan como en los terminos deſtas leyes,y eſto procede con mucha mas razon contra ſentencias deſte Tribunal,y del Conſejo,ex d.l.4.tit.17.lib.4. Recopilat.& pragmatica ædita anno 1615. Mayormente ſiendo aſsi,que todo quanto ſe alega eſtà articulado en el pleyto antiguo; los teſtigos deſte dizen de oydas a los de aquel: y pues los Autores eſtan vencidos, tambien lo eſtan los que ſe refieren, o pueden referirſe a ellos,cap.licèt ex quadam de teſtibus: *Cùm ſatis videatur abſurdam illos admitti,quorum repellerentur authores.* Y en eſte pleyto,ſupueſto que ſe fundaua en ſola vna eſcritura,y eſta ſe preſentò,no podia auer coluſion.

Quando de parte de Diego Hernandez no huuiera interuenido la defenſa neceſſaria ,ya don Pedro Fernandez Villoa ſalio entonces al pleyto,y coadjuuando el derecho de ſu padre,alegò quanto ſe puede imaginar por ſu parte, y hizo prouanças con que ſe extinguio qualquier derecho de poder alegar omiſiones,a que ſe junta,que la ſentēcia de las mil y quinientas ha mas de veinte años que ſe pronunciò. Y quando contra tres ſentencias de viſta y reuiſta,y del Conſejo,conformes,ſe admitieran coluſiones, y en eſte pleyto las huuiera,ya no ſe podia tratar deſte remedio por auer paſſado los cinco años que el derecho diſpone,l.2.ff.de coluſione detegenda,ibi: *Poſt ſententiam intra quinquennium poſſe*; & iterum in verſic. *Quinquennium*, vbi gloſſa & Albericus, Egidio Boſsio in praxi,titulo ſi aduerſus rem iudicatam,num.12. Petrus Gregorius lib.31.ſintagmatum,cap.19.num. 6.y auia de conſtar della in limine iudicij,vt res iudicata in controuerſiam reddirit, l.3.ff.de præuaricatoribus,ibi: *Vt non prius accuſſetur,quam de prioris accuſſatoris præuaricatione conſtiterit*,optimus textus in cap.fin.

de

de colusione detegenda. Adonde alegandose contra cosa juzgada colusion; y que assi se boluiesse a conocer de nueuo de aquella causa, y juntamente de otras en que no auia cosa juzgada; respondio el Pontifice, que en la causa que la auia no procediesse el juez, ni diesse lugar a que huuiesse juizio, ni se le litigasse si no cõstasse in ipsius iudicij limine de colusione, vt patet, ibi. *Discretioni vestræ mandamus, quatenus fid. huiusmodi collusione, ac corruptione constiterit super præmissis, & alijs* (que eran en las que se alegaua colusion) *Alioquim* (idest sino constiterit) *super nobis* (que erã en las que no auia cosa juzgada) *dũtaxat inquiratis, quæ videritis inquirenda.* De que resulta, que no constando aqui de colusion, ni omisiones, no se puede dar lugar a este nueuo juyzio, con tan graue y conocido daño de don Rodrigo.

TERTIA
obiectio.

Oponen lo tercero, de vn testamento que presentò don Ioseph de Vlloa en el nueuo pleyto, folio 60. en el rollo nueuo, otorgado por Pedro Fernandez do natario, treinta años despues que doña Ana de Aranda y consortes vendieron los testigos sobre que es este pleyto, al Doctor Iorge de la Torre, en que mandò a su hijo, que no pidiesse cosa alguna a los q̃ posseyan estos cortijos; a que se responde, que la falta de autos, o instrumentos que dexan de presentarse, para que induzga omission, ha de ser tal, que si se presentaran huuieran sido causa de contraria determinacion, vt tradunt Salgado de Regia protectione, part. 1. cap. 8. num. 48. Faquineus lib. 1. controuersiarum, cap. 15. versic. Negantes vnde no es a proposito este testamento, ni en el se trata palabra de mayorazgo, ni cosa que pueda obstar a don Rodrigo, antes se ca-

lifican mas los titulos de venta que tiene: y quando en el se hiziera relacion de mayorazgo, essa confession, o deposicion de Pedro Fernandez, por quien pretende tener derecho don Pedro: assi como a el mismo no le pudiera aprouechar, por la misma razon no puede aprouechar a los que pretenden tener derecho por el, ex capit. nemo plus iuris in alium transferre potest, de regulis iuris lib. 6. nec confessio vnius præcipue, partis aduersæ, tertio nocet directè, nec indirectè, l. Seya mácipij, ff. ad Belleyanum, Parlad. lib. 2. rerum quotidianarum, capit. fin. 5. part. §. 17. num. 11. Y si aunque huuiera confessado en este testamento, q̃ estos bienes eran de su mayorazgo, no obstara a don Rodrigo, como tercero que es, mucho menos le obstara auer mandado Pedro Fernandez a sus hijos, que no pidiessen cosa alguna a los que teniã los cortijos de Guadahortuna: nam cum quid vna via prohibetur alicui ad id alia non debet admitti, vt est vulgare iuris axioma: si porq̃ el camino de prohibicion q̃ me perjudique, tampoco por este le admiten. Y el dezir Pedro Fernandez, q̃ su hijo no pidiesse a los q̃ tenian estos cortijos, fue porq̃ echò de ver, q̃ los teniã legitimamente cõ titulos de venta: y porq̃ sabria, que aquellos bienes no eran vinculados, ni como tales los podian pedir sus hijos, por no auer cabido los cortijos en el trcio y quinto, y estar pagado en otros bienes, y ser como son las palabras que miran a vinculo, supositiuas y falsas, sin ningun fundamento (si acaso el interuino en q̃ se añadiessen al margen) y estas presunciones son juridicas: nam nemo præsumitur iactare res suas, l. cũ de in debito, ff. de probationibus, ni las de sus hijos, a quien se presume, que quiere el padre mas que a si, nec præsumitur quis condens testamentum, seu moriens immemor salutis æternæ, c. sancimus 1. q. 7. y si estas son presunciones cõformes a derecho, todos quantos fundamẽtos tiene la parte cõtraria son imaginaciones, y gana de gastar el tiẽpo y hazienda.

Y si

Y si como es cierto, no se induze desta escritura otra cosa mas que auer mandado Pedro Fernandez a su hijo Diego Fernandez, que no pidiesse, y a Diego Fernandez su nieto pidio, y se opuso don Pedro de Vlloa, y ambos siguieron el pleyto tan exactamente, que ninguno (despues que esta aqui la Chancilleria) se ha seguido, ni defendido mas bien: y si los cõdenaron, fue por falta de justicia, mas no por falta de defensa, que essa de su parte se hizo, assistiendo aqui padre y hijo, y en Madrid el Licenciado Armijo, su cuñado. y don Pedro por si, y con poder tambien de su padre, como consta del Rollo del Consejo. Y quãdo todo esto cessara, el auer dicho que mejoraua en tercio y quinto a otros hijos, en caso que Diego Fernandez contrauiniesse, no fue miedo justo, injustamente impuesto, para que del se quisiera aprouechar don Ioseph: pues el padre, que pudo libremente disponer, segun las leyes Reales del tercio y quinto, en fauor de otros hijos, y en perjuizio del dicho Diego Fernandez, pudo con mayor razon, debaxo de condicion, si contrauiniesse: De manera que con esto no quedò grauada su legitima, y fuerça y miedo para el edicto, de eò quod metus causa, se ha de entẽder justo, idest bastante y injustamente impuesto, ad effectum extorquendi contractum contra bonos moris, l. 3. ff. de eo, quod metus causa, §. 1 ibi: *Sed vim accipimus atricem, & eam quæ aduersus bonos mores fiat, non eam quam magistratus rectè intulit, scilicet iure licito*, y esto no era miedo de carcer de la ley, nec timorem, nec mortis, neque cruciatus, nec amissionis omnium bonorum, iam adquisitorum, seu maioris partis, que esso se requiere, cap. 2. de his quæ vi donellus, lib. 15. comentar. cap. 38 pag. 502. finalmente pudiendo tener este testamento tã diuersos sentidos, no prueua q̃ sea lo que puede ser, q̃ no sea, l. neque natales, C. de probat. cum ergo ex testamento, non probentur bona maioratui subiecta, libera, & allodialia præsumuntur,

tur, l. altius 8.C.de seruitutibus,Mascard.de probation.conclus.79.num.5.Molin. lib.2.cap.6.num.8. de primogenijs Hispanorum. A que se junta,que este testamento lo presentò don Ioseph en el nueuo pleyto, y don Pedro no le ha representado en este, y quedò ya vencido, respeto de don Pedro, con la sentencia que se dio contra don Ioseph,ex cap.1. de fide instrument.sin citacion de parte,y los demas requisitos del cap. cum per Tabellio,eodem titulo,y que refiere el señor Presidente Couarru.cap.21.pract.numero 1.& sequentibus.

QVARTA obiectio:

Oponen todavia, diziendo, que porque auia Diego Fernandez de Vlloa de presentar vn traslado que presentò haziendo mencion, que las palabras estauan al margen: mas respondese que lo presentò asi, porque asi estaua en el protocolo, y el escriuano no lo quiso, ni pudo dar de otra manera: y el motiuo que huuo para presentarlo fue, que como don Iuan de Oualle, y los demas reos en aquel pleyto auian redarguido de falsos otros traslados, sacados sin citacion, que entrò presentando con la misma demanda el Diego Fernandez, para comprouallos como no hazian fee, por estar sin los requisitos necessarios, y sin citacion de parte, tuuo necessidad por consejo de sus otorgados, de sacar del protocolo el dicho traslado, para obuiar este inconueniente, con citacion de los reos: y despues los señores, de su oficio, mandaron traer el mismo protocolo, y en resolucion lo q̃ Diego Fernandez hizo, lo hiziera el hombre mas entendido de negocios, que huuiera, y no por esso coludio. ni hizo cosa mal hecha, ni injusta; pues asi se descubrio la verdad, a que se ha de estar, como quiera que

se sepa, l. 11. tit. 1. lib. 4. recopil. Gutier. lib. 1. practica. quæst. 99. & 100. & lib. 1. quæst. 116. num. 4. vbi ait. *Quod iudices cancellariæ incumbunt veritati omissis iuris superstitionibus.*

QVINTA obiectio.

Opondran lo quinto, que aunque por auto de vista, se mandò quitar el año de 1604. la peticion de suplicacion de don Pedro, del pleito, aora por auto de reuista, que se pronunciò en veinte y quatro de Mayo deste año, se mandò q̃ sin embargo, de lo proueido respondiesse don Rodrigo derechamente. A que se satisfaze, que en este auto, como del consta, no se dize que se reuoca el primero, y expressamente se dexa, el derecho a saluo a don Rodrigo, para que pueda poner esta excepcion en fuerça de peremptoria, vt patet, ibi: *Sin perjuizio del derecho que le compitiere para oponer la excepciõ de cosa juzgada en fuerça de peremptoria.* Fol. 187. en el rollo antiguo, y estandole reseruado su derecho, es cierto, que puede vsar del; y quãdo esto cessara, no le podia hazer perjuyzio alguno a don Rodrigo, auerle mandado responder a esta suplicacion, porque de las sentencias de vista y reuista, resulta en su fauor excepcion peremptoria de cosa juzgada, q̃ tiene opuesta como tal a don Rodrigo, para q̃ se declare no auer lugar este juyzio, por ser ya negocio acabado: y todas las vezes que vna excepciõ se puede oponer, como dilatoria, y peremptoria, aunque se oponga como dilatoria para no responder, y manden los señores Iuezes responder, se puede despues boluer à oponer como peremptoria, y tiene su fuerça como sino se huuiere opuesto como dilatoria, Cardinalis Tusch. litera E. conclus. 383. n. 15. etiam si non reser

 uetur

netur excepcio re iudicatæ ad merita causæ, quia censetur tacitè reseruata, vti ibidem tradit, idem Cardinalis Tusch. num. 18. expressamente lo dize assi la l. 10 tit. 3. part. 3. in illis verbis: *E por ende dezimos, que por tales defensiones como estas, o otras semejantes dellas, que los demandados pusiessen ante si, para embargar la respuesta, que non se deue el juzgador detener por ellas de yr adelante por el pleyto principal, ante dezimos que deue constriñir al demandado, que llanamente responda, si, non a la demanda que le fazen, e despues que huuiere respuesta, deue el juzgador recibir aquellas defensiones, e si las fallare verdaderas, deue dar por quito al demandado de toda la demanda que le fazen.* Ecce legē, a donde se oponen excepciones, para no responder, y se manda responder, y aquellas mismas se bueluen despues a admitir para el negocio principal, Bald. & omnes, in l. nam, & postea, ff. de iure iurando, Paz in praxi, 1. part. tom. 1. 7. tempor. num. 7. Bart in l. fin. ff. pro suo, porque mandando responder, aunque no se expresse en el auto, se entiende que se reseruan, ad merita causæ principalis; como dize Capitio, decis. 83. n. 1. Matth. de Afflict. decis. 52. n. 1. mayormente no se auiendo conocido desta excepcion de cosa juzgada plenamente, Petr. Barbos. in l. diuortio, §. fin. n. 55. ff. soluto matrimonio, ibi: *Id tamen explicandum est quando plenè, & solemniter fuit cognitum tam respectu iudicis, quam partium.* Demas de que sentencia, o auto contra cosa juzgada, es inualido, l. 1. C. quando prouocare non est necesse, l. 13. tit. 22. part. 3. glos. verb. agi in l. si diuersa, C. de transationibus, vbi Bart. n. 4. Anto. Thes. lib. 4. quæst. 7. Gratian. discept. 194. num. 3. Bald. in dict. cap. cum ad Monasterium, numer. 3. & 4.

Ni obsta la l. 1. ff. quæ sententiæ sine appellatione rescindantur, porque procede quando se conoce plenamente si huuo, o no cosa juzgada, y expressamente se dize, que no la huuo, y que no obsta, como della consta, ibi: *Et huius quæstionis iudex non esse iudicatum pro*

nuntia-

nuntiauerit, & ex d.l.13.ibi: Iuzgando que no fue dado juyzio sobre aquella cosa, glos.in l.1.C.quando prouocare non est necesse, vbi Azon.in summa, y en nuestro caso no se dixo en el auto, que no auia, o que no obstaua la cosa juzgada, sino *Responda*, y diferente cosa es, y diferentes efetos obra dezir, *Responda*, o dezir, no obsta la cosa juzgada, vt ex iam dictis constat.

De que resulta, quan sin fundamento son las consideraciones de que don Pedro de Vlloa, y sus Abogados se valen, tomandolas por ocasion para suscitar este nueuo juyzio, y que se deue declarar, que està ya fenecido y acabado, sin dar lugar a que se admitan en el peticiones algunas, pues està dispuesto assi en la l.4.tit.17.lib.4.Recopil.y en la pragmatica del año de mil y seiscientos y quinze.

TERCERO Articulo.

Poca, o ninguna necessidad auia de llegar a la tercera parte con lo que queda fundado en la primera y segunda desta alegacion, para la buena determinacion deste pleyto: mas porque se vea quan conforme a razon han procedido los señores juezes, que lo han sido deste pleyto, determinandolo (aun quando no auia cosa juzgada) en fauor de don Rodrigo, y de su casa y mayorazgo, ex superabundanti, se apuntaran breuemente algunos de los fundamentos de la notoria justicia que tiene. De tres maneras que pone la l.41.de Toro, por donde se prueuan ser los bienes de mayorazgo, que son la escritura de la institucion, o faltando la escritura, por testigos que depongan del tenor della, o por costumbre inmemorial, no se vale, ni puede valerse destos modos vltimos de prueua dō Pedro de Vlloa, de costumbre, o prescripcion inme-

mo-

morial, no, porque nunca ha posseydo, y sin possesion no ay prescripcion de testigos, que depongan del tenor de la escritura, no, porque esse modo de prouança solo se admite quando la escritura principal de la institucion falta, porque auiendola, es superfluo el querer prouar el tenor della con testigos. Mas pretende, que por la misma escritura tiene prouado, que los cortijos, sobre que es este pleyto, son deste vinculo que el llama; pero conuencese su pretension de la inspeccion de la misma escritura, y della se colige, que las palabras del margen no las pusieron los otorgantes, si no despues se añadieron supositicia y falsamente; porque auiendose hecho donacion del tercio y quinto, *Para que el donatario hiziesse del lo que quisiesse, y por bien tuuiesse*, quæ verba denotant liberam voluntatem, non legibus, nec dispositione ligatam, l. fideicommissa, § quamquam, ff. de legat. 3. l. 29. titulo 9. part. 6. l. non quidquid 40. & ibi Doctores, ff. de iudicijs, l. Gallus in principio, ff. de liberis & posthumis, Matthæus de Afflictis decis. 91. num. 15. Menoch. de arbitrarijs in principio, quæst. 7. num. 2. no se auian luego de corregir in continenti los donantes, y vincular lo, que fuera, en efeto prohibir la enagenacion, y disposicion de los bienes q̃ le acababan de permitir contra la regla de la ley non ad ea, ff. de conditionibus & demostratio. Simõ de Pretis de vltim. volũtat. lib. 1. interpretatione 1. dubitatione 4. solutione 8. per totam, Casanate cons. 38. nu. 29. vbi aiunt omnem interpretationem faciendam, vt vitetur correctio incontinenti, Farin. quæst. 153. part. 1. nume. 9. Y aunque habla en testamentos, la misma razon corre para contratos, y se alega para ellos, como lo dize Romano, in l. si quis cum aliter, in fin. ff. de verborum oblig. Alexand. cons. 49. in fin. ni es de creer q̃ cosa tan sustancial, de la escritura, como vincular los bienes donados, se auia de poner todo a la margen, Farina. q. 153. p. 1. n. 3. maximè, quando apostilla est

magni

magni præiudicij. Y lo que es mas, no lo saluar en el cuerpo de la escritura antes de la fecha y testigos, ni hazer en otra parte alguna della mencion de mayorazgo, ni de los cortijos, sobre que es este pleyto, alienum autem, à verosimili arguit falsitatem, Crauet. consf. 864. & consf. 930. Socin. consf. 98. in principio, lib. 3. quos & alios refert Tuschus practicar. conclusionum, conclusf. 44. verbo. *Falsitas*, num. 18. y en la ratificacion que hizo despues doña Ana de Aranda, aunque en el exordio della entra diziendo: Que por quanto ella, y su marido hizieron donacion del cortijo de Cotilpha, y cincuenta mil marauedis, y tercio y quinto de sus bienes, haziendo relacion de toda la primera escritura, no la haze de los cortijos de Montexicar, y Guadahortuna, ni de vinculo ni mayorazgo, ni de lo que se contiene en las palabras del margen, ni ay palabra que mire a esso en toda la escritura de ratificacion, como ni tampoco en la escritura de donaciõ, apostilla enim seu aditio, scripta eadẽ manu inducit falsitatis suspitionẽ, nisi fuerit à partibus approbata, Farina. quæstio. 153. part. 1. numer. 12. Y sin estas presunciones tan euidentes de falsedad, aquellas palabras no tienen otorgamiento, ni dia, ni año, porque no estan saluadas en el contextu, y cuerpo de la escritura, y por el consiguiente, no hazẽ fee, ni valẽ, l. 13. tit. 29. lib. 4. recopil. ibi: *Y el dia mes, y año*. Matienç. in l. 2. tit. 4. lib. 5. recop. glosf. 8. num. 8. ni tienen testigos requisito precisamente necessario, vt in authen. de instrumentorum cautela, & fide, ibi: *Non minus, quam trium testium fide dignorum* l. 54. tit. 18. part. 3. Dom. Couarr. capit. 20. practicar. num. 4. Porque la misma razon que ay en toda la escritura, para que sin los requisitos referidos no valga, ay en qualquiera parte sustancial della, & vbi est eadem ratio valet argumentum, de todo ad partem, glosf & Bart. in l. per fundum, ad finem, in versic. Quarto nota, ff. de seruitutibus rusticor. prædiorum,

l. quæ de tota, ff. de rei vendicat, y no es de menos cõ ſideracion la preſumpcion que induze la diferencia de tinta y letra, Camil. Borell. conſ. ſeu controuerſia. 23. num. 19. Farin. quæſt. 153. num. 19. part. 1. Bald. in procœmio res pacificus, num. 42. & in l. cõtractus, num. 10. C. de fide inſtrum. Farin. quæſt. 153. num. 12. & 55. Gregor. per textum, ibi, in l. 111. tit. 18. part. 3. Dom. Ioann del Caſtill. lib. 2. cap. 16. nu. 29. Y otras muchas ſoſpechas de falſedad q̃ refiere Tuſcho, dict. concluſ. 44. per totam, que ſe ajuſtan con el hecho del pleyto, & ſigillatim non proſequimur, ne cum breuitatem affectemus longiores, quã intendimus ſiamus.

Confirmaſe, con que ſi ſe diera lugar, que las palabras del margen, ſin eſtar ſaluadas en el cuerpo de la eſcritura, hizierã fee, pateret locus mille fraudibus, como ſiguiendo eſta opinion, o irrefragable verdad, la dixo en terminos Bald. en la l. ſi vnus, num. 1. C. de teſtamentis, vbi ſic: *Scias tamen, quod no rarius, quæ fuit rogatus originaliter de ſcriptura, ſi dicit ſe inter lineaſſe, vel raſſuram feciſſe creditur, ſibi ſi talia verba ſunt de corpore inſtrumentor. vel ſubſcriptionis, vt, ff. de his quæ in teſtamento decentur, l. 1. per dinum, ſed ſi eſſent extrauagantia in margine. tunc qua non habent diem, & conſulem, talia verba nihil valent.* Paul. de Caſtr. en la miſma l. ſi vnus, numer. 5. ibi: *Sed Bald. hic notabiliter dicit hoc verum, quando illa ateſtatio eſt de corpore inſtrumenti, quia facta ante ſubſcriptionem notarij, vel appoſitionem ſigni; quia tunc habet diem. Et teſtes, ſecus ſi poſt, vel in margine, quia tunc caret die, & teſtibus, & ipſe idem notarius potuiſſet id facere ex interualo, & falſo, ideo ei non ſtatur, quod perpetuo tene menti.* Siguen à Paulo de Caſtr. Alexand. alli en el num. 8. Philip. Corn. num. 6. comprueua eſta opinion con muchos autores, Carot. Ruin. conſ. 68. volum. 4. á num. 5. Tiberio Dec. conſ. 110. comiença. *Et quia Excellentiſsimus*, deſde el nu. 9. Ioann. Andr. in additionibus ad ſpeculum in titulo de inſtrumen-

tru mentorum æditione,num.15. optimè Tuschus, dict.conclus.44.num.30.& 32.ibi: *A postilla etiam manu notarij,circa substantialia,quando inuentu instrumenti non approbatur apostilla*,& nu.36.ibi:*Extende maximè quando extant coniecturæ contra apostillam*.Surd.cons.151.nu. 124.&125.y desde el num.111.hasta el fin del consejo,con menos apretadas conjeturas de falsedad, que las que ay en este caso,impugna vn instrumento, en que se pretendia probar,que vnos bienes eran allodiales,acõsejando contra el que se fundaua en las palabras del margen,aunque no les repugnauan,como a qui contradizen,ex diametro,las del cuerpo de la escritura,vndè quod de margine alienarum scripturarum opossuerunt aduocati, se ha de entender quando se saluã antes de la fecha,y quando es vna palabra sola,mas no quando es vna clausula entera.

Los demas traslados desta escritura, que tambien se presentaron en el pleyto antiguo,sacados sin los requisitos necessarios de citacion de parte, y otros, supuesto que consta,que estan desconformes del original,no puedẽ hazer mas fee,que el original de adonde se sacaron,pues quando se duda si se hade dar,o no credito a los traslados,se recurre a la escritura de adõde se sacaron,cap.1.de fidei instrumentorum. *Sic scripturam authenticam,non videmus ad exemplaria, nihil facere possumus*.Y aun pudiera dezirse, que por estar las escrituras diuersas, ni a las vnas ni a las otras se aya de dar credito,l.scripturæ,C.de fidei instrumen. l.11.tit.25.lib.4.recopil.Y para concluir este punto contra el Escriuano que diò el primero trasslado,sacado del protocolo,que es la escritura en pergamino, sin poner en ella,que las palabras que miran a vinculo,estauan a la margen,resulta gran presuncio de falsedad,y que procediò cautelosamente, procurando hazer verdaderas las palabras falsas del margen, para que tuuiesse efecto su intento, y el del que se le auia persuadido,pues su oficio era dar toda la escritura como

mo estaua en el protocolo, con todas sus falsedades, sin quitalle ni añadille cosa alguna, l. 13. tit. 29. lib. 4. recopil ibi: *Que en las escrituras que assi dieren signadas, ni quiten, ni añadan palabra alguna de lo que estuuiere en el registro, saluo la subscripcion*, quæ verba, *saluo la subscripcion*, referũtur ad illa, *ni añada*, Gutierr. lib. 1. practicar. q. 139. num. 1.

Quando estuuiera esta escritura en la conformidad que don Ioseph pretende, y como el quiere, y no padeciera los defectos que padece la sustancia desta donacion, solo fue donarle el tercio y quinto de los bienes, y para demonstracion de en q̃ bienes se auia de hazer la paga despues de los dias de los donantes, en oracion, a parte, despues de hecha donacion del tercio y quinto, se señalaron los cortijos de Montexicar, y Guadahortuna: de manera, que los bienes donados no son el cortijo, de Montexicar, y Guadahortuna, sino el tercio y quinto: y aũque respecto del tercio y quinto fuesse la donacion irreuocable, respecto de los bienes assignados, quedò reuocable, quia donationis substancia non consistit in assignatione, Tello Fernandez, in l. 18. Tauri, num. 127. incipit tertio vero casu, & in l. 20. num. 14. vers. Rursus hoc Angulo de meliorationibus, & in l. 3. glos. 2. à nume. 4. *Assignatio autem* (dize) *de qua in nostro textu reuocari poterit, per assignantẽ cum non cõsistat in ea substantia meliorationis, licet melioratio alios reuocabilis sit.* Optimè Aluarad. lib. 4. de conject. mente. de funti, cap. 3. num. 23. Y esta asignacion del margen que don Iuan pretende hazer escritura, es condicional, si cupiessen los cortijos despues de los dias de los donantes (q̃ se ha de entender despues de la muerte del vltimo que sobreuiniesse) y el derecho no presume que cupieron en el quinto, antes dispone, que el que se funda en alguna calidad, como esta, que viene a ser parte de la pretension de don Ioseph, tiene obligacion a prouarla, tradunt plures, citati per Senatorem Regni Peru Ioannem

nem

nem de Montealegre in praxi, lib. i. de exercitio practicar. actionum, cap. 7. num. 14. Y no solamente no prueua esta calidad, mas antes consta lo contrario, porque valiendo, como vale, el contijo de Cotilpha, q̃ despues se vendiò al señor de la villa de Gor, 900. hanegas de renta en cada vn año, que es el que se donò sin cōdiciō alguna en el cuerpo de la escritura, y mas 60ʒ000. marauedis, de q̃ luego se transfiriò el dominio ad donatario, por la entrega y clausula de constituto que ay en quanto a estos bienes y marauedis, no pudieron cauer en el tercio y quinto, mas que estos: y por el consiguiente, los cortijos de Montexicar, y Guadahortuna, no pudieron caber en todo, ni en parte, en el tercio y quinto. Y assi se presume por tan largo transcurso de tiempo, y que no se adjudicaron por no recibir conmoda diuision, vt iudicatum fuit in decis. Gammæ 48. iũcto additionatæ, Flores de Mena ibidem circa finem: maximè, estando adjudicados al tercio y quinto, el cortijo del Aldeguela, y casas de Iaen, como vinculados por sentencia de reuista, per quam restitutioni subiecta bona probantur, vt tradunt Mieres 4. part. quæst. 20. numer. 365. de tal manera que no pudiera oy juzgarse lo contrario, ex l. neque suam 1. C. quando prouocare non est necesse, ni valer la donacion en perjuyzio de la legitima de los otros hijos, a quien se adjudicarō, y los vendieron, y mucho menos no auiendo quedado estos cortijos por muerte del vltimo de los donantes, para quando se difiriò el efecto de la donacion del tercio y quinto, y no la auiendo jurado, como no la jurò doña Ana de Aranda, siendo como era muger casada, antes vendiendo el vno de los cortijos que se le adjudicò por su dote, y arras.

Aunque fueran los donados los cortijos de Montexicar, y Cuadahortuna, no se auiendo entregado, como no se entregaron a Pedro Fernādez de Vlloa,

y no teniendo en quanto a ellos la escritura, clausu-
la de constituto, es mejor el derecho que tiene don Rodrigo de Oualle, por auerlos vendido, y entregado al Doctor Iorge de la Torre, su bisabuelo; doña Ana de Aranda, a quien se adjudicaron por dote, y arras, y otros hijos del Diego Fernandez donante, a quien se adjudicaron por sus legitimas, que el q̃ pudiera tener don Pedro, pues ni a el, ni a Pedro Fernandez, abuelo de su padre, no se entregaron, y al Doctor Iorge de la Torre se vendieron, y se entregaron el año de 1513. Y assi estamos en los terminos de la l.quoties, C. de reivindicatione: *Quoties duobus in solidum prædium iure distrahitur manifesti iuris est, eum cui priori traditum, & in detinendo dominio esse potiorem*, l. 50. tit. 5. part. 5: *Otrosi dezimos, que si el postrimero cõprador passasse a la tenencia de la casa, e pagasse el precio, que el la deue auer, e non el primero*, dict. l. quoties, in fin. *Cum & si ex causa donationis vtrique dominium rei vendicetis; eum cui priori possessio soli tradita est haberi potiorem conueniat*. De manera, que aunque el titulo de la parte contraria no fuera falso, como es don Rodrigo con los q̃ tiene, y la entrega, se prefiriera, y tiene mejor derecho, que la otra parte, ex ijs quæ tradit Dom. Couarr. lib. 2. variar. cap. 19. per totum Matienç. in l. 7. tit. 11. lib. 5. recopil. glos. 6. num. 6. & melius, num. 24. Y aunque tuuiera esta escritura clausula de constituto en quanto a estos cortijos, siendo condicional, se prefiriera don Rodrigo, ita Anton. Gom. in l. 45. Tauri, num. 93. Ex quibus omnibus, la justicia de don Rodrigo es notoria. Salua, &c.

Lic. Pedro Caluo Ossorio.


75

